

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 640/13.02.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de ... SA, cu sediul în municipiul ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având cod unic de înregistrare RO ..., reprezentată legal prin președintele consiliului de administrație ..., împotriva documentației de atribuire întocmite de către UAT ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON, METAL, PLASTIC ȘI STICLĂ COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA ...”*, cod CPV: 90500000-2, ce a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., s-au solicitat următoarele:

„1. Admiterea Contestației formulate și

2. în principal, anularea Procedurii de atribuire, potrivit art. 50 alin. (8) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) și art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;

3. în subsidiar, obligarea Autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, conform prevederilor legale incidente și ale considerentelor deciziei CNSC ce urmează a fi pronunțată în prezenta cauză, potrivit motivelor de Contestație dezvoltate în cele ce urmează, cu obligarea Autorității contractante la prelungirea termenului de pregătire a ofertelor, raportat la volumul și complexitatea remedierilor necesar a fi aduse;

4. Suspendarea Procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, potrivit art. 22 din Legea nr. 101/2016”.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat accesul la dosarul format în cadrul C.N.S.C.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

... SA formulează contestația nr. 640/13.02.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., împotriva

documentației de atribuire elaborate de către UAT ..., solicitând cele anterior prezentate.

În motivare, contestatorul indică anunțul prin care a fost inițiată procedura, valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, precum și obiectul acestuia.

Raportându-se la obiectul contractului, respectiv servicii de salubritate, contestatorul subliniază că aceste servicii au o reglementare specifică - Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, republicată, cu modificările și completările ulterioare și Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților, republicată, cu modificările și completările ulterioare - care conține norme specifice pentru atribuirea contractelor de gestiune ce au ca obiect aceste servicii, iar în analiza legalității și temeiniciei criticilor formulate trebuie să se țină cont și de aceste dispoziții legale.

Pe fond, ... SA prezintă următoarele critici:

1. Pentru atribuirea contractului din prezenta cauză nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016, prevederi ce au fost invocate de către autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că sunt incidente prevederile art. 1 alin. (1) și (2), respectiv art. 51 alin. (8) și (9) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, precum și cele ale art. 5 alin. (1) lit. h) și art. 6 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, dispoziții pe care le redă.

Astfel, subliniază că procedura din prezenta cauză vizează atribuirea unui contract de concesiune, sens în care prezintă următoarele argumente:

- plata serviciilor de sortare se va realiza de către operatorul de colectare separată și transport separat de deșeurile municipale, astfel cum rezultă din prevederile art. 6 din caietul de sarcini (pag 14), respectiv ale art. 11 alin. (3) din modelul de contract de achiziție publică de servicii;

- riscul de operare este în sarcina operatorului, câtă vreme plata serviciilor de depozitare se va realiza de către operatorii de salubritate, iar operatorul din cadrul contractului încheiat în urma prezentei proceduri va fi expus și riscului de neplată din partea acestor operatori, unul esențial în considerarea cash-flow-ului necesar pentru prestarea serviciului în mod continuu. Cu privire la acest aspect, contestatorul invocă prevederile art. 6 din Legea nr. 100/2016 și orientările Consiliului Concurenței.

Autoritatea contractantă a aplicat în mod eronat prevederile Legii nr. 98/2006, conchide contestatorul.

2. Documentația de atribuire nu îndeplinește cerințele impuse de dispozițiile Legii nr. 101/2006, astfel cum a fost modificată prin O.U.G. nr. 133/2022, și nici dispozițiile Legii nr. 51/2006, sens în care redă prevederile art. 2 alin. (3) lit. d) din Legea nr. 101/2006, respectiv

activitatea de salubritate include și „sortarea deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat din deșeurile municipale în stații de sortare, inclusiv transportul reziduurilor rezultate din sortare la depozitele de deșeurii și/sau la instalațiile de valorificare energetică”.

În acest context, apreciază că, pe lângă dispozițiile generale din Legea nr. 98/2016, trebuie să se țină cont și de cerințele specifice impuse prin Legea nr. 101/2006 și prin Legea nr. 51/2006, după cum urmează:

A. Prin raportare la prevederile art. 22 alin. (4), art. 8 alin. (3) lit. d¹) și art. 29 alin. (10) din Legea nr. 51/2006, pe care le redă, precum și la cerințele caietului de sarcini, respectiv modelul de contract, contestatorul susține că documentația de atribuire nu conține niciun regulament al serviciului elaborat în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 101/2006, nici ca anexă la caietul de sarcini, nici ca anexă la modelul de contract.

De asemenea, susține că în documentația de atribuire nu se regăsesc:

- anexa „Indicatorii tehnici corelați cu țintele/obiectivele asumate la nivel național” indicată la art. 6 alin. (5) din modelul de contract și impusă prin dispozițiile art. 29 alin. (10) lit. e) din Legea nr. 51/2006;

- anexa „Indicatori de performanță” indicată la art. 6 alin. (9) din modelul de contract și impusă prin dispozițiile art. 29 alin. (11) lit. i) din Legea nr. 51/2006;

- modul de monitorizare și evaluare a îndeplinirii indicatorilor de performanță, astfel cum se prevede la art. 29 alin. (11) lit. i) din Legea nr. 51/2006.

Conform dispozițiilor art. 154 și art. 155, coroborate cu art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, prevederile documentației de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ale caietului de sarcini, trebuie să fie complete, corecte și precise, dar nu se întâmplă în prezenta procedură de atribuire.

B. Susținând nerespectarea dispozițiilor art. 4 alin. (9) din Legea nr. 101/2006, pe care le redă, contestatorul invocă prevederile art. 42 alin. (9) și alin. (10) din Legea nr. 51/2006, precum și dispozițiile art. 6 din caietul de sarcini (pag. 14), respectiv ale art. 11 alin. (3) din modelul de contract de achiziție publică de servicii, subliniind că facturarea nu se efectuează către autoritatea contractantă, ci către operatorul de colectare.

În aceste condiții, dispozițiile art. 11 alin. (3) paragrafele 4, 5, 6 din modelul de contract și cele ale art. 6 paragrafele 4, 5, 6 din caietul de sarcini, prin care se stabilește „termen de plată de 30 de zile de la data emiterii și comunicării acestora”, precum și lipsa unor prevederi în documentația de atribuire a unor clauze privind penalitățile la care are dreptul delegatul în cazul plății cu întârziere a facturilor, contravine dispozițiilor legale anterior indicate, apreciază contestatorul.

Totodată, susține că stabilirea interdicției de a întrerupe prestarea serviciului doar în cazul în care neplata facturilor depășește 6 luni de zile, timp în care delegatul ar trebui să susțină finanțarea serviciului de sortare din surse proprii, inclusiv contravaloarea serviciilor de depozitare și a contribuției pentru economia circulară, reprezintă o clauză abuzivă și contrară principiului echilibrului contractual prevăzut de art. 20 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2006, având consecințe negative asupra activității delegatului.

3. Valoarea estimată a contractului nu a fost determinată în conformitate cu art. 13 și art. 15 alin. (1) din Normele metodologice aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 640/2022, prevederi pe care le redă, iar studiul de oportunitate nu îndeplinește cerințele 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006.

Din informațiile furnizate prin documentația de atribuire nu rezultă că tariful de 250 lei/ tonă, aferent serviciului de sortare, s-ar fi făcut prin raportare la aceste prevederi legale, precizează contestatorul.

Mai precizează că în studiul de oportunitate publicat nici nu există o determinare a valorii estimate a contractului doar pentru activitatea de sortare, fiind analizată și dezvoltată doar situația atribuirii în cadrul aceluiași contract atât a activității colectare și transport, cât și cea de operare stație de sortare deșeuri menajere.

Totodată, menționează că în analiza studiului de oportunitate au fost luate în considerare prevederile legale în vigoare anterior datei de 30 septembrie 2022, respectiv dispozițiile Legii nr. 101/2006 anterioare intrării în vigoare a modificărilor aduse prin O.U.G. nr. 133/2022.

Astfel, analiza activității de sortare s-a făcut prin raportare la „sortarea deșeurilor municipale și a deșeurilor similare”, iar nu doar la sortarea deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat din deșeurile municipale în stații de sortare, inclusiv transportul reziduurilor rezultate din sortare la depozitele de deșeuri și/sau la instalațiile de valorificare energetică.

Analiza efectuată prin studiul de oportunitate privește o altă activitate de salubritate decât cea care face obiectul prezentei proceduri, conchide contestatorul.

Faptul că în determinarea valorii estimate a contractului nu s-a ținut cont de dispozițiile ordinului AIMRSC nr. 640/2022 rezultă și din faptul că în tot cuprinsul studiului de oportunitate se face referire la ordinul nr. 109/2007, ordin care a fost abrogat de ordinul nr. 640/2022, precizează contestatorul, apreciind că această situație echivalează cu lipsa unui studiu de oportunitate aferent acestei proceduri, ceea ce duce și la încălcarea dispozițiilor art. 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006.

În plus, ... SA susține că, în studiul de oportunitate, datele utilizate în determinarea valorii estimate nu sunt actualizate, sens în care punctează:

- la punctul 5.2.1. s-a luat ca referință anul 2020 și s-a prognozat o inflație anuală constantă până în anul 2030, de 2,7%, indicându-se ca sursă „Strategia de management al deșeurilor în sector 4”, nu o sursă oficială, BNR sau INSSE, inflația fiind subevaluată;

- se precizează că la fundamentarea costurilor de sortare a stat ordinul ANRSC nr. 109/2007;

- prin ordinul ANRSC nr. 109/2007, în stabilirea tarifului de sortare erau luate în considerare de către ofertant veniturile obținute din valorificarea reciclabililor, care avea ca efect reducerea tarifului determinat prin fișa de fundamentare, dar în studiul de oportunitate nu se găsește nicio precizare sau vreo referire la acest aspect, astfel tariful real este semnificativ mai mare decât cel indicat.

4. Cerințele referitoare la capacitatea tehnică și profesională, impuse prin fișa de date și anunțul de participare, au caracter restrictiv și încalcă principiul proporționalității.

În acest sens, contestatorul invocă prevederile art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, pe care le redă.

Consideră că cerințele privind experiența similară și obținerea licenței, astfel cum au fost impuse prin documentația de atribuire, nu respectă nici condiția de a fi necesare, nici condiția de a fi adecvate, restrângând în mod artificial concurența.

Detaliind, autorul contestației prezintă următoarele argumente:

A. Referindu-se la cerința de la pct. III.1.3 a) din fișa de date: „Capacitatea tehnică și/sau profesională Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat. Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat în ultimii 3 ani, în cadrul unuia sau a maximum 3 contracte, servicii de sortare a minim 38.400 tone deșeurilor”, contestatorul susține că autoritatea contractantă trebuia să specifice clar că se are în vedere încheierea unor contracte pentru serviciile de sortare, astfel cum această activitate era reglementată în forma anterioară a legii, respectiv sortarea deșeurilor municipale și a deșeurilor similare.

Perioada pentru care se solicită experiență similară se suprapune în mare parte pe perioada 17.03.2020 - 30.09.2022, dar prin modificarea legislativă intervenită după data de 30.09.2022 (O.U.G. nr. 133/2022) a fost limitată activitatea stațiilor de sortare doar la deșeurile de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat din deșeurile municipale.

Astfel, consideră că organizatoarea procedurii trebuia să specifice clar că pentru îndeplinirea cerinței referitoare la cantitatea de deșeurii procesate (minimum 38.400 tone deșeurii) se vor lua în calcul toate deșeurile intrate în stația de sortare în ultimii trei ani.

În acest sens, contestatorul invocă art. 3 și art. 5 din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art.

179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Cerința referitoare la experiența similară nu este clar formulată, și are caracter de restrângere artificială a concurenței, în elaborarea acesteia neținându-se cont de succesiunea în timp a legilor care reglementau activitatea de sortare a deșeurilor, conchide contestatorul.

B. Cerința nr. 2 de la pct. III.1.3 a) din fișa de date, respectiv: „În termen de maximum 6 luni de la data intrării în vigoare a OUG nr. 133/2022, operatorii care prestează activitatea de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă, colectate separat din deșeurile municipale, au obligația să solicite și să obțină de la A.N.R.S.C. licența pentru activitatea de sortare a deșeurilor municipale colectate separat” este nelegală și restrictivă.

Contestatorul precizează că O.U.G. nr. 133/2022 a intrat în vigoare la data de 30 septembrie 2022, iar termenul de 6 luni se împlinește la data de 30 martie 2023, data limită pentru depunerea ofertelor fiind 17.03.2023.

Raportându-se la art. 17 alin. (2) și art. 22 (2) din Legea nr. 101/2006, precum și la art. 23 și art. 24 din H.G. nr. 745/2007, contestatorul subliniază că nu se poate impune ofertantului ce urmează a fi declarat câștigător obținerea licenței ANRSC până la data de 30.03.2023, sens în care indică cele 13 zile cuprinse între 17 și 30 martie 2023, precum și termenul de 60 de zile pentru emiterea licenței.

Astfel, contestatorul solicită eliminarea acestei cerințe.

5. ... SA susține că sunt nelegale și restrictive cerințele referitoare la durata mult prea scurtă (30 zile calendaristice) a perioadei de mobilizare, cerințe ce se regăsesc atât în caietului de sarcini, cât și în cadrul draftului de contract.

Precizează că perioada de 30 de zile calendaristice este mult prea scurtă și nerealistă, prin raportare la termenele legale stabilite pentru obținerea anumitor autorizații (cum este licența), sens în care detaliază.

Astfel, consideră că se impune remedierea documentației de atribuire, respectiv prelungirea acestei durate până la cel puțin 90 zile de la data semnării contractului.

6. Contestatorul arată că factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare nu sunt precizați în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire, încălcându-se astfel prevederile art. 32 din H.G. nr. 395/2016.

Referindu-se la pct. 2.2.5 din fișa de date, unde a fost indicat și factorul de evaluare „Modul de tratare și tehnologia propusă/ Factorul tehnic - Se va puncta dotarea cu echipamente performante și echipamente verzi/eficiente energetic 10% /Punctaj maxim factor: 10”, contestatorul redă algoritmul de calcul și susține că în documentația de atribuire nu sunt definite echipamentele verzi sau echipamentele

eficiente energetic pentru a avea un reper obiectiv în aplicarea acestui factor de evaluare.

De asemenea, consideră că este neclară și modalitatea în care se aplică punctajul pentru dotarea cu echipamente performante de sortare pentru fiecare fracție de deșeuri scoasă din punct de vedere tehnologic din deșeurile municipale, dat fiind că în cadrul oricărei stații de sortare rezultatul trebuie să constea în separarea deșeurilor pe cele 5 fracții, aspect confirmat prin existența autorizației de mediu.

Descrierea acestui criteriu de evaluare s-a efectuat cu încălcarea prevederilor art. 32 din H.G. nr. 395/2016, conchide contestatorul.

7. Cerințele tehnice minimale din caietul de sarcini de la secțiunea 2.9 pct. 5 referitoare la: iluminat public pe toată suprafața stației, hală de sortare închisă și acoperită cu sistem de ventilație sunt restrictive, excesive, prin raportare la obiectul contractului, și restrâng artificial concurența.

În acest sens, contestatorul punctează:

- desfășurarea oricărei activități de salubritate, inclusiv activitatea unei stații de sortare, nu poate avea loc decât în baza unei autorizații de mediu/ autorizații integrate de mediu, în conformitate cu dispozițiile O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului;

- autorizațiile de mediu/ autorizațiile integrate de mediu sunt emise de agențiile pentru protecția mediului competente și urmăresc tocmai stabilirea parametrilor de desfășurare a activității în limitele stabilite de normele care asigură protecția mediului.

Precizează că definiția dată acestor acte de reglementare se regăsește la art. 2 pct. 9 și pct. 10 din O.U.G. nr. 195/2005.

Atâta vreme cât o instalație de sortare a deșeurilor colectate separat din deșeurile municipale deține autorizație de mediu/ autorizație integrată de mediu, rezultă că îndeplinește toate condițiile din punct de vedere al protecției mediului pentru desfășurarea respectivei activități, iar impunerea îndeplinirii unor cerințe tehnice suplimentare, ce nu sunt justificate, este restrictivă și încalcă principiile nediscriminării, a tratamentului egal și al proporționalității, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, consideră contestatorul.

În ceea ce privește cerința referitoare la iluminatul public, susține că este nerealistă, spațiile aferente stațiilor de sortare fiind proprietatea privată a operatorilor economici, astfel că nu se poate asigura iluminat public în incinta acestor spații, ci eventual un sistem de iluminat implementat de operatorul economic.

8. Susținând cererea de anulare a procedurii de atribuire, contestatorul face trimitere la motivele prezentate anterior și arată că reprezintă nelegalități de substanță și de structură.

Consideră că nu este suficientă remediarea documentației de atribuire, iar argumentele anterior prezentate sunt de natură a atrage

anularea procedurii, conform art. 212 alin. (1) lit. c) teza I, coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

9. În subsidiar, în ceea ce privește de remedierea documentației de atribuire, în situația în care motivele deja prezentate nu sunt suficient de grave pentru a atrage anularea procedurii, ori este posibilă remedierea problemelor semnalate, cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la prelungirea corespunzătoare a termenului de pregătire a ofertelor, raportat la volumul și complexitatea remedierilor necesare, potrivit art. 153 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, ... SA solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept au fost invocate dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile legale indicate în cuprinsul documentului.

În probațiune au fost solicitate înscrisuri, precum și „orice alt mijloc de probă, a cărui necesitate de administrare va reieși din dezbateri”.

Prin adresa nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatorului să transmită dovada constituirii cauțiunii în cuantumul stabilit de lege.

Prin adresa nr. P10.3/284/23.02.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere cu privire la contestația formulată de ... SA, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, precum și menținerea actelor atacate.

Prezentând situația de fapt, autoritatea contractantă menționează că, în temeiul dispozițiilor Legii nr. 98/2016, a inițiat procedura privind atribuirea contractului de delegare având ca obiect „Delegarea gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat de pe raza ...”, și a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

În combaterea criticilor contestatorului, organizatoarea procedurii prezintă următoarele argumente:

1. Referindu-se la critica ce viza aplicabilitatea dispozițiilor legii nr. 98/2016, arată că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016, atribuirea contractului de achiziție publică este rezultatul unui proces care se derulează în 3 etape succesive, și anume:

- „etapa de planificare/pregătire, inclusiv consultarea pieței”,
- „etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului”,
- „etapa postatribuire contract, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului”.

Consideră că decizia sa de a utiliza dispozițiile Legii nr. 98/2016 în prezenta cauză nu se situează în etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului de achiziție publică, această opțiune, realizându-se în etapa de planificare/ pregătire a procesului.

Potrivit competenței sale materiale, stabilită expres prin art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate, urmând a se pronunța exclusiv asupra respectării legalității actelor autorității contractante emise după publicarea anunțului de organizare a procedurii, nu și asupra actelor din etapa de pregătire, cum este și decizia de alegere a tipului de procedură utilizat și a modalității de contractare, apreciază organizatoarea procedurii.

Arată că distincția făcută de legiuitor între etapele procesului ce vizează atribuirea unui contract de achiziție publică conduce la concluzia că etapa de planificare este distinctă de cea de organizare și desfășurare a procedurii, doar cea din urmă intrând, potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sfera de competență materială a Consiliului pentru verificarea legalității ei.

În acest context, organizatoarea procedurii subliniază că nu este întemeiată solicitarea contestatorului de invalidare a modalității de atribuire ce a fost aleasă. Cu privire la acest aspect invocă jurisprudența Curții de Apel Cluj.

Totodată, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 1 alin. (2) și art. 29 din Legea nr. 51/2006, susținând că are dreptul de a decide „alegerea procedurii pentru încheierea achiziției publice” în baza prevederilor Legii nr. 98/2016, ce reglementează, ca opțiune, și încheierea unui contract de achiziție de servicii.

Derularea prezentei proceduri în baza Legii nr. 98/2016 nu încalcă prevederile legii serviciilor comunitare de utilități publice, și nici legea privind achizițiile publice, neexistând niciun motiv de nelegalitate pentru invalidarea acestei opțiuni a instituției, susține organizatoarea procedurii de atribuire. Consiliul nu este în măsură să dispună anularea procedurii pe motive de oportunitate, aspect ce incumbă exclusiv competenței și responsabilității autorității achizitoare.

Autoritatea contractantă arată că asocierea unui risc contractual, ce reprezintă un eveniment viitor, incert și improbabil, cu riscul de operare, condiție esențială pentru încheierea unui contract de concesiune, reprezintă o susținere fără caracter serios.

Contractele de concesiune reprezintă acorduri complexe, pe termen lung, în cadrul cărora concesionarul își asumă responsabilități și riscuri suportate în mod tradițional de autoritățile contractante și de entitățile contractante, și care intră în mod normal în sfera de competență a acestora, precizează organizatoarea procedurii, menționând caracteristicile riscului de operare.

Documentația de atribuire nu îndeplinește cerințele impuse de dispozițiile Legii nr. 101/2006, astfel cum a fost modificată prin O.U.G. nr. 133/2022, și nici dispozițiile Legii nr. 51/2006, conchide autoritatea contractantă.

2. Cu referire la critica potrivit căreia documentația de atribuire nu îndeplinește cerințele impuse de dispozițiile legale, autoritatea contractantă arată următoarele:

A. În ceea ce privește obligativitatea publicării regulamentului serviciului concomitent cu toate celelalte documente aferente documentației de atribuire, susține inexistența acestei obligații în dispozițiile Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016, acte normative care reglementează prezenta procedură de atribuire.

Consideră că acest motiv este „lipsit de obiect și nu justifică condiția interesului”, condiție esențială pentru promovarea demersului în fața organismului administrativ jurisdicțional, deoarece prin HCL nr. 116/10.09.2021 a fost aprobată actualizarea Regulamentului de Organizare și Funcționare a Serviciului de Salubritate din ..., pe care îl va publica atașat anunțului de participare, după reluarea procedurii, în prezent aceasta fiind suspendată, arată autoritatea contractantă.

Cu privire la critica ce viza lipsa din documentația de atribuire a anexelor referitoare la „Indicatorii tehnici corelați cu țintele/obiectivele asumate la nivel național”, respectiv „Indicatori de performanță”, precum și a modului de monitorizare și evaluare a îndeplinirii indicatorilor de performanță, autoritatea contractantă precizează că în caietul de sarcini se regăsesc următoarele informații: „ 13. Indicatorii de performanță aplicabili pentru activitatea de sortare; 4.4. Cerințe privind asigurarea calității, protecției mediului, controlului și monitorizării prestațiilor iar la nivelul clauzelor contractuale aferente contractului de delegare: 14. Indicatorii de performanță”.

Astfel, raportându-se la dispozițiile art. 249 C. pr. civ., autoritatea contractantă apreciază că ... SA nu-și susține în niciun fel criticile, nu explică de ce ar fi prejudiciat, și nici vătămarea produsă.

Contestatorul nu dovedește un prejudiciu cert, direct și personal ca expresie a condiției interesului, arată organizatoarea procedurii referindu-se la conținutul factorilor de evaluare și ponderile alocate acestora. Simpla enumerare a unor acte normative nu echivalează automat cu o încălcare a acestora, sens în care detaliază.

B. Cu privire la nerespectarea dispozițiilor art. 4 alin. (9) din Legea nr. 101/2006 autoritatea contractantă susține că, după reluarea procedurii ce este suspendată, va adopta și publica măsuri de remediere, după cum urmează:

- art. 6 paragrafele 4, 5, 6 din caietul de sarcini se reformulează astfel:

„Raporturile contractuale dintre operatorii care desfășoară activități de salubritate pe fluxul deșeurilor menajere și similare se stabilesc cu respectarea termenelor de emitere și de scadență la plată ale facturii, precum și a modului de calcul al penalităților de întârziere la plata facturii, prevăzute la art. 42 alin. (9) și (10) din Legea nr. 51/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Aplicarea de tarife

neaprobat sau mai mari decât cele aprobate este interzisă, iar sumele încasate necuvenit se restituie către bugetele locale sau către utilizatorii de la care au fost încasate. Neplata facturilor pentru o perioadă de 90 de zile de la data scadenței celei mai vechi facturi dă posibilitatea operatorului să limiteze accesul în cadrul stației în acest sens urmând a permite accesul la un interval de timp mai îndelungat autospecialelor de salubritate.

În cazul în care neplata facturilor depășește 180 de zile, operatorul stației poate suspenda activitatea până la plata parțială sau integrală a sumelor restante”.

- art. 11 alin. (3) din modelul de contract de achiziție publică de servicii se modifica și va avea următorul cuprins:

„(3) Facturarea și decontarea serviciilor

Factura aferentă prestării activității de sortare se emite de operatorul stației de sortare către operatorul care colectează deșeurile de pe raza Sectorului 4, și cuprinde:

(i) contravaloarea activității de sortare, calculată prin aplicarea tarifului de sortare la cantitatea de deșuri intrată în stația de sortare;

(ii) contravaloarea depozitării reziduurilor rezultate din procesul de sortare, prin aplicarea tarifului de depozitare la cantitatea de reziduuri destinată a fi eliminată prin depozitare, rezultată din aplicarea indicatorului de performanță;

(iii) valoarea contribuției pentru economia circulară, calculată prin aplicarea contribuției pentru economia circulară la cantitatea de reziduuri destinată a fi eliminată prin depozitare, rezultată din aplicarea indicatorului de performanță.

Raporturile contractuale dintre operatorii care desfășoară activități de salubritate pe fluxul deșeurilor menajere și similare se stabilesc cu respectarea termenelor de emisie și de scadență la plată ale facturii, precum și a modului de calcul al penalităților de întârziere la plata facturii, prevăzute la art. 42 alin. (9) și (10) din Legea nr. 51/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Aplicarea de tarife neaprobat sau mai mari decât cele aprobate este interzisă, iar sumele încasate necuvenit se restituie către bugetele locale sau către utilizatorii de la care au fost încasate. Neplata facturilor pentru o perioadă de 90 de zile de la data scadenței celei mai vechi facturi dă posibilitatea operatorului să limiteze accesul în cadrul stației în acest sens urmând a permite accesul la un interval de timp mai îndelungat autospecialelor de salubritate.

În cazul în care neplata facturilor depășește 180 de zile, operatorul stației poate suspenda activitatea până la plata parțială sau integrală a sumelor restante”.

Referitor la critica ce viza posibilitatea de întrerupere a prestării serviciului doar în cazul în care neplata facturilor depășește 180 de zile, autoritatea contractantă solicită respingerea, deoarece serviciile de

salubritate trebuie să asigure prestarea activităților în regim de continuitate pentru toți utilizatorii din aria delegării, cu respectarea condițiilor tehnice specifice fiecărei activități. De asemenea, invocă dispozițiile art. 21 din Legea nr. 101/2006, pe care le redă.

Faptul că activitatea operatorului este expusă unui risc financiar, pentru care legiuitorul a prevăzut mecanisme reparatorii, nu conduce automat către o clauză abuzivă și contrară principiului echilibrului contractual, în condițiile în care, operatorul are dreptul să inițieze recuperarea debitelor și recuperarea oricărui prejudiciu, iar asimilarea unei asemenea situații cu finanțarea serviciului de sortare reprezintă o exagerare fără niciun fel de suport, apreciază organizatoarea procedurii.

3. Cu privire la determinarea valorii estimate a contractului, autoritatea contractantă susține că a respectat dispozițiile art. 7 și urm. din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 16 și urm. din H.G. nr. 395/2016.

Precizează că a calculat valoarea estimată a contractului prin înmulțirea cantităților de deșuri „ce se estimează a fi necesare în derularea contractului de delegare pe perioada celor maxim 5 ani (192.483,20 tone)” cu prețul unitar de 250 lei/tonă, calculat pe baza preturilor medii practicate de stațiile de sortare.

Valoarea totală estimată, fără TVA, aferentă prezentei proceduri, a fost determinată prin aplicarea tarifului per tonă la cantitatea total estimată, menționează autoritatea contractantă, invocând dispozițiile art. 9 alin. (1) și art. 12 din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 5 alin. (1) lit. d) și art. 6 alin. (1) din ordinul ANRSC nr. 640/2022.

Față de limitele investirii, Consiliul urmează a se pronunța exclusiv asupra respectării legalității actelor autorității contractante emise după publicarea anunțului de organizare a procedurii, nu și asupra actelor emise în pregătirea acesteia, conținutul studiului de oportunitate și ale documentelor emise în pregătirea achiziției nu pot forma obiectul contestației, drept pentru care se impun a fi respinse, subliniază

4. În ceea ce privește cerințele legate de capacitatea tehnică și profesională impuse prin fișa de date și anunțul de participare, organizarea procedurii susține că s-a raportat la dispozițiile art. 179 din Legea nr. 98/2016, deoarece deținerea unei experiențe anterioare a ofertantului a fost solicitată în scopul verificării capacității de a duce la bun sfârșit activitățile principale ce formează obiectul contractului.

Nivelul valoric impus a fi demonstrat respectă principiul proporționalității, cerința fiind necesară și adecvată pentru a se asigura că operatorii economici dețin experiența necesară pentru a executa contractul de achiziție publică la un standard de calitate corespunzător, precizează autoritatea contractantă.

Consideră că cerința a fost stabilită în legătură directă și proporțională cu obiectul contractului de achiziție publică, limitându-se

strict la ceea ce este necesar și suficient în vederea verificării capacității de îndeplinire a viitorului contract.

Solicitarea unei minime experiențe în domeniu este conformă cu reglementările în vigoare în materie de achiziții publice și nu aduce atingere principiilor tratamentului egal și al nediscriminării, iar numărul maxim de contracte ce se permite a fi invocat pentru îndeplinirea nivelului minim solicitat a fost stabilit cu respectarea principiului proporționalității, fiind formulat conform îndrumărilor de bună practică emise de ANAP, Instrucțiunea nr. 2/2017, precizează organizatoarea procedurii.

În ceea ce privește încheierea unor contracte pentru serviciile de sortare, astfel cum această activitate era reglementată în forma anterioară a legii - sortarea deșeurilor municipale și a deșeurilor similare - dat fiind că această reglementare acoperă cea mai mare parte a perioadei pentru care se solicită experiență similară - 17.03.2020 -30.09.2022, autoritatea contractantă precizează că cerința nu distinge în sensul presupus de contestator.

Neclaritățile/ confuziile/ îndoielile/ presupunerile contestatorului nu pot constitui motive de investire a organismului administrativ jurisdicțional, în acest caz ... SA având deschisă calea oferită de legiuitor a solicitărilor de clarificări, apreciază organizatoarea procedurii.

A. Cu privire la critica referitoare la termenul pentru obținerea de la A.N.R.S.C. a licenței pentru activitatea de sortare a deșeurilor municipale colectate separat, autoritatea contractantă redă cerința din fișa de date și susține că aceasta a fost stabilită în considerarea prevederilor O.U.G. nr. 133/2022 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor, precum și a Legii serviciului de salubritate a localităților nr. 101/2006.

Precizează că cerința vizează capacitatea de a executa un anumit tip de activități, o calificare profesională a „acestuia” care îi permite să le desfășoare, având la bază dispozițiile art. 179, lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Apreciind că motivele de contestare sunt în disonanță cu prevederile documentației de atribuire, organizatoarea procedurii menționează că documentele justificative ce probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate doar de către ofertantul clasat pe primul loc.

5. Referindu-se la critica potrivit căreia durata perioadei de mobilizare, de 30 de zile calendaristice, este mult prea scurtă, autoritatea contractantă susține că va majora perioada de mobilizare la 90 de zile, iar după reluarea procedurii, în prezent suspendată, va adopta și publica măsuri de remediere, după cum urmează:

- art. 7 din caietul de sarcini se reformulează: „7. Perioada de mobilizare. Perioada de mobilizare reprezintă perioada dintre data semnării contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate și

data începerii efective a prestării serviciilor solicitate prin prezentul caiet de sarcini. Perioada de mobilizare este de cel mult 90 de zile calendaristice”;

- art. 5 alin. (4) din modelul de contract de achiziție publică de servicii se modifică și va avea următorul cuprins: „5. Durata Contractului, Perioada De Mobilizare; (4) între data intrării în vigoare și data începerii se întinde Perioada de Mobilizare. Perioada de Mobilizare este de cel mult 90 zile calendaristice”.

În concluzie, UAT ... solicită respingerea contestației, pe fond.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale H.G. nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016, iar în probațiune au fost atașate înscrisuri, respectiv fotocopii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Dovada comunicării punctului de vedere către contestator a fost transmisă la dosarul cauzei în data de 23.02.2023, fiind înregistrată la C.N.S.C. sub nr.

Urmare a solicitării din cadrul contestației, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a transmis ... SA invitația de a studia dosarul format în cadrul C.N.S.C., iar reprezentantul convențional al societății s-a prezentat la sediul instituției în data de 27.02.2023.

Prin adresa nr. 847/01.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SA a formulat concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei și a primirii punctului de vedere al autorității contractante, solicitând următoarele:

„1. Admitere a Contestației formulate și

2. în principal, anularea Procedurii de atribuire, potrivit art. 50 alin. (8) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) și art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;

3. în subsidiar, obligarea Autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, conform prevederilor legale incidente și ale considerentelor deciziei CNSC ce urmează a fi pronunțată în prezenta cauză, potrivit motivelor de Contestație dezvoltate în cele ce urmează, cu obligarea Autorității contractante la prelungirea termenului de pregătire a ofertelor, raportat la volumul și complexitatea remedierilor necesar a fi aduse”.

În cadrul documentului, în combaterea apărărilor autorității contractante, pe care le consideră neîntemeiate, contestatorul arată următoarele:

1. Cu privire la inaplicabilitatea dispozițiilor Legii nr. 98/2016, respectiv argumentul că alegerea tipului și naturii procedurii țin de etapa de planificare/pregătire, iar actele emise în cadrul acestei etape nu intră sub incidența Legii nr. 101/2016, susține că societatea sa a contestat greșita aplicare a dispozițiilor legale referitoare la achizițiile publice, dat fiind că din analiza de ansamblu a documentației de atribuire rezultă că

sunt aplicabile dispozițiile legale referitoare la concesiuni, sens în care detaliază.

De asemenea, invocă informațiile regăsite la pag. 134 a studiului de oportunitate, precum și poziția Consiliului Concurenței cu privire la natura juridică a contractului ce are ca obiect servicii de salubritate subvenționate prin tarif.

Ceea ce a criticat nu este o decizie de oportunitate a autorității contractante, ci greșita aplicare a normelor de achiziție publică în ceea ce privește sfera de aplicabilitate a Legii nr. 98/2016, menționează contestatorul.

Precizează că în documentele existente la dosarul achiziției publice nici măcar nu există o justificare pentru care nu s-a urmat recomandarea din studiul de oportunitate și s-a optat pentru o procedură de achiziție publică reglementată de dispozițiile Legii nr. 98/2016.

2. Referindu-se la critica ce viza lipsa din documentația de atribuire a regulamentului serviciului de salubritate, a anexei „Indicatorii tehnici corelați cu țintele/obiectivele asumate la nivel național”, a anexei „Indicatori de performanță și a modului de monitorizare și evaluare a îndeplinirii indicatorilor de performanță”, contestatorul punctează următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă a declarat că înțelege să publice și regulamentul serviciului după reluarea procedurii, ceea ce dovedește că susținerile societății sale sunt temeinice și legale;

- în ceea ce privește indicatorii de performanță, a criticat lipsa anexei „Indicatorii de performanță”, indicată la art. 6 alin. (5) din modelul de contract, iar din susținerile autorității contractante nu rezulta că ar exista acest document;

- modul de monitorizare și evaluare a indicatorilor de performanță este indicat la pct. 4.4. din caietul de sarcini, dar nu este prevăzută modalitatea concretă prin care se monitorizează îndeplinirea indicatorilor de performanță;

- lipsa anexei „Indicatorii tehnici corelați cu țintele/obiectivele asumate la nivel național” indicată la art. 6 alin. (5) din modelul de contract și impusă prin dispozițiile art. 29 alin. (10) lit. e) din Legea nr. 51/2006 este evidentă, iar autoritatea contractantă nu face niciun fel de precizare.

3. În ceea ce privește critica ce viza nerespectarea dispozițiilor art. 4 alin. (9) din Legea nr. 101/2006, contestatorul solicită Consiliului să constate temeinicia acesteia, dat fiind că autoritatea contractantă a confirmat faptul că aceste dispoziții legale nu au fost respectate și propune modificarea documentației de atribuire în sensul celor solicitate.

În ceea ce privește critica referitoare la întreruperea prestării serviciului pentru neplata facturilor ce depășește 6 luni de zile, critică cu care organizatoarea procedurii nu a fost de acord, contestatorul susține că întreruperea activității este urmare a nerespectării obligațiilor

contractuale de plată a contravalorii serviciului. Întreruperea serviciului nu are loc oricând operatorul economic „are chef”, ci într-o anumită conjunctură legată de neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către cealaltă parte, sens în care detaliază.

4. Cu privire la critica referitoare la determinarea valorii estimate a procedurii de atribuire, contestatorul susține că organizatoarea procedurii nu a ținut cont de niciuna din modalitățile de estimare prevăzute de Legea nr. 98/2016, și nici de specificul procedurii de achiziție publică - servicii de salubritate - care au o reglementare specială în ceea ce privește modalitatea de determinare a tarifului, sens în care invocă ordinul ANRSC nr. 640/2022.

Contestatorul arată că a criticat și lipsa unui studiu de oportunitate impus de dispozițiile art. 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006, iar autoritatea contractantă nu a înțeles să facă niciun fel de apărare în acest sens, ceea ce dovedește temeinicia criticii.

5. În combaterea criticii privind nelegalitatea cerințelor legate de capacitatea tehnică și profesională, respectiv cea referitoare la experiența similară, autoritatea contractantă a arătat doar faptul că aceasta se poate clarifica pe calea solicitărilor de clarificări, fără a indica în concret aspectele avute în vedere la formularea cerinței.

Astfel, solicită admiterea contestației și pentru aceste considerente.

6. Cu privire la critica referitoare la termenul de 6 luni pentru obținerea licenței aferentă activității de sortare a deșeurilor municipale colectate separat, potrivit O.U.G. nr. 133/2022, contestatorul susține că organizatoarea procedurii interpretează eronat art. IV din acest act normativ, deoarece anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 133/2022 pentru desfășurarea activității de sortare nu era necesară licența ANRSC, aceasta putându-se desfășura doar în baza autorizației de mediu și a contractului de delegare.

Precizează că termenul de 6 luni pentru obținerea licenței a fost stabilit pentru cei care desfășurau activitatea de sortare în baza unui contract de delegare la momentul intrării în vigoare a actului normativ anterior indicat, adică aplicabilitatea acestui articol depindea de preexistența unui contract de delegare pentru activitatea de sortare.

7. În ceea ce privește critica de nelegalitate referitoare la durata perioadei de mobilizare, contestatorul solicită Consiliului să ia act de recunoașterea autorității contractante și să admită contestația.

8. Precizând că a formulat critici și cu privire la factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare, care nu sunt precizați în mod clar și detaliat, respectiv cerințele tehnice minimale din caietul de sarcini de la secțiunea 2.9. pct. 5 (iluminat public pe toată suprafața stației, hală de sortare închisă și acoperită cu sistem de ventilație), iar autoritatea contractantă nu a prezentat niciun fel de apărări, ... SA solicită admiterea contestației și cu privire la aceste aspecte.

În concluzie, ... SA solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Dovada comunicării concluziilor scrise către organizatoarea procedurii a fost atașată.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 702/16.02.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SA a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii având nr. 208890505/1 din data de 15.02.2023, eliberată de ..., în cuantum de 220.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

UAT ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat licitația deschisă, derulată online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON, METAL, PLASTIC ȘI STICLĂ COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA ...”*, cod CPV: 90500000-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. ..., conform căruia valoarea estimată totală a contractului de servicii este de 48.120.800 lei, fără TVA.

Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate preț”*, având următorii factori de evaluare:

- *„prețul ofertei”* – pondere 80%;
- *„nivelul de asigurare a protecției mediului «rata de valorificare»”* – pondere 10%;
- *„modul de tratare și tehnologia propusă”* – pondere 10%.

Solicitarea privind suspendarea procedurii de atribuire a fost analizată de Consiliu, fiind admisă, prin încheierea nr. ... din data de 20.02.2023. Această hotărâre a fost comunicată către părți prin adresele nr. ... și nr. ... din 21.02.2023.

Prin contestația care face obiectul prezentei, ... SA este nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, motiv pentru care Consiliul va soluționa contestația analizând criticile formulate în acest sens de către contestator, luând în considerare atât prevederile documentației de atribuire cât și legislația aplicabilă.

Astfel, în ceea ce privește criticile contestatorului de la punctul II.1. din contestație, respectiv *„II.1. Pentru atribuirea contractului ce are ca obiect” DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON METAL, PLASTIC SI STICLA COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA ...”* **nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016 a achizițiilor publice**, cu modificările și completările ulterioare.”, Consiliul reține că autoritatea contractantă dorește **„DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON, METAL, PLASTIC ȘI STICLĂ COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA ...”**,

Consiliul subliniază că potrivit prevederilor art. 1 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 51/2006, *„2) În înțelesul prezentei legi, serviciile comunitare de utilități publice, denumite în continuare servicii de utilități publice, sunt definite*

ca totalitatea activităților reglementate prin prezenta lege și prin legi speciale, care asigură satisfacerea nevoilor esențiale de utilitate și interes public general cu caracter social ale colectivităților locale, cu privire la: (...) e) **salubritatea localităților;**"

Mai mult, conform prevederilor art. 29 alin. (8) și (9) din Legea nr. 51/2006, „(8) **Contractul de delegare** a gestiunii serviciilor de utilități publice **poate fi:**

a) contract de **concesiune de servicii;**

b) contract de **achiziție publică de servicii.**

(9) În cazul serviciilor de utilități publice, astfel cum sunt definite la **art. 1 alin. (2)**, procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii **se stabilește, după caz, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016**, Legii nr. 99/2016 și **Legii nr. 100/2016.**"

Potrivit prevederilor art. 32 alin. (2) din Legea nr. 51/2006, „(2) **În vederea încheierii contractelor de delegare a gestiunii, autoritățile administrației publice locale** sau, după caz, asociațiile de dezvoltare intercomunitară având ca scop serviciile de utilități publice **vor asigura elaborarea și vor aproba**, în termen de 6 luni de la luarea deciziei privind delegarea gestiunii serviciilor ori de la primirea unei propuneri formulate de un investitor interesat, **un studiu de oportunitate pentru fundamentarea și stabilirea soluțiilor optime de delegare a gestiunii serviciilor**, precum și documentația de atribuire a contractului de delegare a gestiunii."

Conform art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2006, „(1) Gestiunea serviciului de salubritate se realizează în condițiile **Legii nr. 51/2006**, republicată, prin următoarele modalități:

a) gestiune directă;

b) **gestiune delegată.**"

Potrivit art. 14 alin. (3) din Legea nr. 101/2006, „(3) **În cazul gestiunii delegate, procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii activităților de salubritate**, inclusiv pentru achizițiile publice de servicii asigurate prin intermediul stațiilor/instalațiilor de tratare sau depozitelor de deșeuri aflate în proprietatea privată a operatorilor economici, **este stabilită de către autoritățile contractante conform prevederilor Legii nr. 98/2016** privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, **sau Legii nr. 100/2016** privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, după caz, inclusiv cu respectarea regimului juridic al contractelor de delegare a gestiunii prevăzute la art. 29 alin. (10) și (11) din Legea nr. 51/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare."

Astfel, potrivit prevederilor art. 229 alin. (1) și art. 300 din Legea nr. 98/2016, „Art. 229 - (1) **În orice situație în care o autoritate contractantă intenționează să realizeze un proiect prin atribuirea unui contract pe termen lung** (contractul **cu o durată de cel puțin 5 ani**, conform definiției aferente din Legea nr. 98/2016, **cum este și cazul contractului de față - n.n.)** care să cuprindă fie executarea de lucrări și operarea rezultatului lucrărilor, fie prestarea, gestionarea și operarea de servicii, **autoritatea contractantă are obligația de a elabora un studiu de**

fundamentare prin care se va demonstra necesitatea și oportunitatea realizării proiectului în acest mod.

Art. 230 - (1) Prin studiul de fundamentare menționat la art. 229 alin. (1), **autoritatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic**, astfel cum este definit în legea privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) **În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare nu va fi transferată operatorului economic**, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică."

Mai mult, conform prevederilor **și mai cuprinzătoare** ale art. 7 alin. (1) și art. 8 din Legea nr. 100/2016, „Art. 7 - (1) **În orice situație în care o autoritate/entitate contractantă intenționează să realizeze un proiect prin atribuirea unui contract pe termen lung (contractul cu o durată de cel puțin 5 ani**, conform definiției aferente din Legea nr. 98/2016, **cum este și cazul contractului de față – n.n.)**, care să cuprindă fie executarea de lucrări și operarea rezultatului lucrărilor, fie prestarea, gestionarea și operarea de servicii, **autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a elabora un studiu de fundamentare prin care se vor demonstra necesitatea și oportunitatea** realizării proiectului în acest mod.

(...)

Art. 8 (1) **Prin studiul de fundamentare prevăzut la art. 7 alin. (1) autoritatea/entitatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic.**

(2) **În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare**, astfel cum este definit la art. 6, **va fi transferată operatorului economic, contractul va fi considerat contract de concesiune, urmând a se aplica prevederile prezentei legi.**

(3) **În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare**, astfel cum este definit la art. 6, **nu va fi transferată operatorului economic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică sau contract sectorial, după caz.**"

Astfel, **atunci când sunt întrunite condițiile reglementate de dispozițiile exprese, imperative, ale art. 8 alin. (2)** din Legea nr. 100/2016, care sunt corelate cu prevederile Legii nr. 51/2006, Legii nr. 101/2006, și cu prevederile art. 229 alin. (1) și art. 300 din Legea nr. 98/2016, **NU** se mai poate pune în discuție, în acest punct, opțiunea respectiv dreptul autorității contractante de a decide alegerea procedurii de atribuire, prin care va delega gestiunea unor servicii de salubritate, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016, **fiind evident că este vorba de o concesiune de servicii** iar autoritatea contractantă **este obligată**, conform prevederilor art. 8 alin. (2) în discuție, **să atribuie contractul**

de delegare aferent, care este un contract de concesiune de servicii, în baza Legii nr. 100/2016.

Or, Consiliul, în analiza *Studiului de oportunitate si de fundamentare pentru delegarea gestiunii serviciului public de salubritate al Sectorului 4 din Municipiul București*, publicat în SEAP sub identificatorul „[CN1051598/00006] *Studiu de oportunitate.pdf*”, ca parte a documentației de atribuire, constată că autoritatea contractantă nu a ținut cont de concluziile acestui studiu, **prin care era indicat expres**, în urma unei analize de rigoare, **că o parte semnificativă a riscului de operare va fi transferată operatorului economic**, atrăgând astfel, fără echivoc, incidența prevederilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, pe care autoritatea contractantă era obligată, astfel, să le aplice.

Mai precis, potrivit Studiului în discuție (la pag. 141), „**9.9. Analiza si repartizarea riscurilor**

(...)

După cum se poate observa din Matricea Riscurilor prezentată în Anexa nr. 1 la prezentul Studiu, **riscul de operare va fi transferat în mare parte viitorului operator de salubritate.**

9.10. Tipul de contract propus

Din analiza riscurilor reiese că o parte semnificativă a riscului de operare este transferată operatorului, situație în care contractul de delegare a gestiunii serviciului de operare a sistemului de management integrat al deșeurilor la nivelul sectorului 4 al Municipiului București va fi considerat contract de concesiune de servicii.

Pentru atribuirea contractului **vor fi aplicate prevederile Legii nr. 100/2016 privind concesiunile** de lucrări și concesiunile de servicii.

(...)

Durata contractului de delegare este de **5 ani**.

(...)

9.11. Procedura de atribuire

Procedura va fi organizată în conformitate cu prevederile HG 867/2016 pentru aprobarea normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, potrivit cărora autoritatea contractantă aplică atât criterii de calificare și selecție cât și criterii de atribuire a contractului.

În aceste circumstanțe, este evident că, în cazul de față, trebuiau aplicate prevederile Legii nr. 101/2016, și nu cele ale Legii nr. 98/2016, în ceea ce privește procedura aleasă, de atribuire a contractului de delegare a gestiunii, respectiv de concesiune a serviciilor în discuție, inclusiv în ceea ce privește documentația de atribuire aferentă, fapt care nu s-a întâmplat.

Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) partea introductivă și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, „(1) Persoana care se consideră vătămată de **un act al autorității contractante** poate sesiza

Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)

(2) În cazul în care **contestația privește conținutul documentației de atribuire**, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.”

Mai mult, conform art. 26 alin. (2) din Legea nr. 26/2016, „(2) Cu respectarea principiului disponibilității, **Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat** și poate:

- a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte;
- b) obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;
- c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.”

Pe lângă faptul că autoritatea contractantă nu a ținut cont, în cazul de față, de prevederile legale exprese, anterior citate, ale Legii nr. 101/2016, aceasta ar fi trebuit să aibă în vedere că toate acțiunile din etapa de planificare, fundamentare și pregătire a unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică sau, după caz, a unui contract de concesiune de lucrări sau de servicii converg către un/se finalizează cu un rezultat concret, respectiv cu aprobarea documentației de atribuire pentru procedura respectivă, și a strategiei de contractare.

Este de subliniat că strategia de contractare este un document suport, care se publică odată cu documentația de atribuire în SEAP (deși aceasta este o obligație legală expresă – art. 21 alin. (2) și alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, strategia de contractare nu se regăsește publicată la prezenta procedură – n.n.) și care stă la baza elaborării respectivei documentații, întrucât prin intermediul acestuia se documentează deciziile din etapa sus precizată, în legătură inclusiv cu procedura de atribuire aleasă, reglementată de o legislație selectată în vederea aplicării, raportat la condițiile date.

Or, acest rezultat concret, în speță documentația de atribuire postată în SEAP, este un act care poate fi contestat în condițiile legii nr. 101/2016, de către orice persoana care se consideră vătămată de acest act, sens în care aceasta poate sesiza Consiliul care este astfel competent să soluționeze o contestație formulată în acest sens.

Odată sesizat în acest sens, în condițiile Legii nr. 101/2016, Consiliul, cu respectarea principiului disponibilității, va examina, **din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, actul atacat, respectiv documentația de atribuire**, inclusiv raportat la alegerea legislației aplicabile, dacă este criticat acest aspect.

Consiliul subliniază că o alegere corectă, justificată, a legislației aplicabile, vizavi de îndeplinirea unei necesități a autorității contractante, este garanția unei bune guvernări a procesului de atribuire aferent, **din**

punct de vedere al asigurării legalității, inclusiv în ceea ce privește conținutul documentelor postate în SEAP (***anunțul de rigoare, documentația de atribuire, documentele suport***), or, în cazul în care această legislație nu este cea corect, justificat, aleasă, raportat la îndeplinirea necesității respective, este evident că **este afectată legalitatea** procesului de atribuire aferent.

Astfel, Consiliul reține, în acest context, că autoritatea contractantă a aplicat în mod incorect prevederile Legii nr. 98/2016, în condițiile în care sunt incidente prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, caz în care este obligată să atribuiască contractul de delegare a gestiunii în discuție (*care este un contract de concesiune de servicii*) în baza prevederilor Legii nr. 100/2016 și HG nr. 867/2016, în coroborare, în mod corespunzător, raportat la obiectul delegării în discuție, cu prevederi conexe, respectiv prevederile Legii nr. 51/2006, Legii nr. 101/2006, actelor normative emise în aplicarea acestor două legi precum și cu prevederile oricăror altor acte normative cu impact asupra obiectului delegării în cauză.

Consiliul subliniază că, odată ce vor fi aplicate prevederile legale precizate în paragraful anterior, elementele ce descriu contextul delegării gestiunii serviciilor în discuție se vor modifica definitiv, fapt cu implicații majore asupra conținutului prezentei documentații de atribuire și a documentelor suport, în integralitate, respectiv apariția unor modificări substanțiale care conduc către anularea prezentei procedurii și lansarea unei noi documentații de atribuire.

În aceste condiții, Consiliul va admite ca fiind fondate criticile contestatorului de la punctul II.1. din contestație, respectiv „II.1. Pentru atribuirea contractului ce are ca obiect” *DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON METAL, PLASTIC SI STICLA COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA ...*” **nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016 a achizițiilor publice**, cu modificările și completările ulterioare.”.

În ceea ce privește celelalte critici din contestația formulată de ... SA, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, câtă vreme datorită motivelor anterior menționate nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, rezultatul fiind același, în condițiile în care legislația aplicabilă în speța de față este Legea nr. 100/2016 și nu Legea nr. 98/2016, aplicată în prezent de autoritatea contractantă.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept anterior enumerate, Consiliul urmează să admită capătul de cerere principal din contestația formulată de ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă UAT ... și, constatând că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, urmează să dispună anularea acesteia în temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite capătul de cerere principal din contestația formulată de ...
SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă UAT ... și, constatând că
nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală
a procedurii de atribuire, dispune anularea acesteia în temeiul art. 26
alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările
ulterioare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de
10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
...

PREȘEDINTE
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practicaua deciziei
...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... pagini.